

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1670401> since 2018-07-05T16:20:44Z

Publisher:

Giappichelli

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

A Niccolò

*«Costoro hanno la forza, essi possono ridurci in schiavitù, ma non è non con i
crimini, né con la forza che si possono guidare dei processi sociali»*

Salvador Allende, 11 settembre 1973¹

¹ Appello al popolo pronunciato mentre il palazzo presidenziale della Moneda veniva bombardato durante il *golpe* del generale Pinochet (la traduzione italiana è stata pubblicata da ultimo in L. CANFORA, *La schiavitù del capitale*, il Mulino, Bologna, 2017, pp. 103 ss.).

INDICE

pag.

PREMESSA

DIRITTO SENZA DIRITTO?

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI DIRITTO: UN PERCORSO TEORICO

1.	Socialità del diritto	7
1.1.	Il diritto come fenomeno sociale	7
1.2.	Il diritto e altri fenomeni sociali: il confine fra diritto e morale	11
1.2.1.	Giuspositivismo e giusnaturalismo	14
1.2.2.	Diritto naturale, dover essere e costituzionalismo	18
1.2.3.	Separazione, incorporazione o connessione?	20
1.3.	Sul ruolo del fatto sociale nel normativismo, istituzionalismo e giusrealismo	24
1.3.1.	Dalla <i>Grundnorm</i> kelseniana alla norma di riconoscimento hartiana	24
1.3.2.	L'istituzionalismo, il diritto come sovrastruttura e il ruolo delle forze sociali dominanti	26
1.3.3.	Giusrealismo: dai <i>Critical Legal Studies</i> al decisionismo passando per il realismo giuridico americano (con una digressione sul rapporto fra tecnica e diritto)	30
2.	Diritto e forza: un legame sfaccettato	37
2.1.	Il diritto e l'uso della forza	37
2.1.1.	L'imperativismo: il diritto come comando	37
2.1.2.	La teoria coercitiva del diritto	39
2.1.3.	Il diritto come disciplina dell'uso della forza e il diritto come espressione della forza: il diritto è forza	40
2.2.	La forza e la trasformazione della società	46

	<i>pag.</i>
2.2.1. Il diritto oltre la traduzione dei rapporti di forza?	46
2.2.2. Il diritto premiale e il diritto in funzione promozionale <i>à la</i> Bobbio	47
2.2.3. Il diritto come agente di trasformazione sociale	49
2.2.4. Il diritto come espressione del conflitto sociale fra procedura, sostanza e forza	52

CAPITOLO II

LA LOTTA PER IL DIRITTO

1. Un approdo scomodo	57
1.1. Prima tappa: la relatività del diritto e la costante della forza	57
1.2. Seconda tappa: l'approccio del costituzionalismo sociale <i>à la</i> Teubner e la lotta per il diritto	62
2. Il diritto polimorfo	67
2.1. Il diritto come <i>polemos</i>	67
2.2. Diritto e giustizia	69
2.3. Il diritto conteso e la "necessità" di scegliere	79

CAPITOLO III

IL CONFLITTO SUL DIRITTO NEL XXI SECOLO

1. Premessa: le ambiguità del costituzionalismo, o del ruolo della struttura economica	93
2. Nuovi sovrani e diritto senza luogo	98
3. Contrattualizzazione e privatizzazione <i>versus</i> diritto politico	107
4. Dalla legittimazione democratica all'effettività: validità <i>versus</i> efficacia	112
5. La rete e la rigidità del diritto liquido	119
6. Lo spazio del diritto dal basso ed emancipatorio	124

CAPITOLO IV

IL DIRITTO À LA CARTE DEI PRIVATI:
IL CASO DEI MECCANISMI ISDS

1. I meccanismi ISDS (<i>Investor-State Dispute Settlement</i>) nel contesto del diritto del commercio internazionale e il loro interesse per il costituzionalista	132
2. L'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) presso la Banca Mondiale e la sua contestualizzazione fra i nuovi sovrani	140
3. La competenza dell'ICSID: esautoramento della giurisdizione statale e privatizzazione della giustizia	143
4. La procedura e il diritto applicabile nei "tribunali" ICSID: flessibilità e contrattualizzazione delle norme	155
5. L'oggetto delle controversie e l'eteronomo <i>self-restraint</i> del diritto politico statale	162
6. "Tribunali speciali per la sicurezza degli investitori" come icona del diritto <i>à la carte</i> dei privati	166

CAPITOLO V

LA *SOFT LAW*: UNA NUOVA FONTE DEL DIRITTO?

1. I contorni della <i>soft law</i>	171
2. Il ruolo dell'effettività	176
3. La <i>soft law</i> comunitaria e il diritto statale	180
4. Punti di collisione con il diritto costituzionale	192

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

QUALE RESISTENZA PER IL COSTITUZIONALISMO

1. L'approccio realistico e i suoi corollari: a) il riconoscimento del diritto informale; b) la constatazione di uno status belli	199
---	-----

	<i>pag.</i>
2. Il conflitto sul diritto del XXI secolo e le sue dicotomie 2023. Punti di forza del diritto costituzionale: a) la vigenza; b) la vitalità e la co- stanza delle idee	203
4. La dinamicità del paradigma costituzionale	204
5. Costituzionalismo antagonista e fantasia <i>per</i> e <i>oltre</i> il costituzionali- simo	205
 OPERE CITATE	 207